

Nærings- og fiskeridepartementet

[postmottak@nfd.dep.no](mailto:postmottak@nfd.dep.no)

Vår ref.: ASB

Oslo, 16. juni 2015

## **Høring – endring av lov og forskrifter om offentlige anskaffelser.**

Det vises til høringsbrev fra Nærings- og fiskeridepartementet av 17.03.2015 som inneholder forslag om endring i lov om offentlige anskaffelser og tilhørende forskrifter som ledd i gjennomføring av tre nye anskaffelsesdirektiver.

*Arkitektbedriftene i Norge* er bransjeorganisasjonen for kontorer med praktiserende arkitekter, landskaps- og interiørarkitekter i Norge. Vår medlemsmasse omfatter ca. 570 bedrifter som totalt har ca. 4000 ansatte, hvilket utgjør ca. 90 % av arkitektbransjen. Arkitektene er en del av bygg- og anleggsnæringen som utgjør en vesentlig andel av leverandørmarkedet i offentlige anskaffelser.

Bakgrunnen for revisjonsprosessen fra EUs side er økt fleksibilitet, reduserte administrative byrder og mer rettslig klarhet i tillegg til å gi økte muligheter for å ivareta andre samfunnshensyn slik som miljø, sosiale hensyn, innovasjon og å lette tilgangen til offentlige kontrakter for små- og mellomstore bedrifter.

*Arkitektbedriftene i Norge* er opptatt av at vi får et regelverk som balanserer den fleksibiliteten oppdragsgiver gis mot nødvendig forutsigbarhet for leverandørene.

Vi vil i det følgende kommentere de forslagene som har generell eller særlig betydning for de tjenester arkitekter leverer til det offentlige. Disse er knyttet til forslagene rundt implementeringen av det klassiske direktivet (2014/24/EU) og omhandler følgende punkter:

- Formålsparagrafen
- Strukturen til forskrift om offentlige anskaffelser (FOA)
- Ikke-anskaffelsesfaglige hensyn
- Forberedende markedsundersøkelse og rådgiverhabilitet
- Utvidet adgang til å forhandle
- Innovasjonspartnerskap
- Oppfyllelse av kvalifikasjonskrav ved egenerklæring

- Dokumentasjon for leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner
- Utvidelse av adgangen til å ettersende, supplere, klargjøre og utfylle dokumentasjon
- Tildelingskriterier
- Oppdeling av kontrakter
- Rammeavtaler

Ettersom de foreslåtte endringene skal settes sammen med forslag til regler for de nasjonale anskaffelser under EU/EØS-terskelverdi, vil vi se disse i sammenheng når vi kommenterer i det følgende. Selv om vi er enige i at de nasjonale regler kan være noe enklere enn for kjøp over EU/EØS-terskelverdier, mener vi det er svært viktig å ikke ha fundamentalt forskjellige regimer. Dette vil kun føre til forvirring og ikke innebære noen forenkling.

### **Formålsparagrafen**

Departementet uttaler på side 4 i høringsforslaget at endringer i ny formålsbestemmelse ikke er ment å innebære noen realitetsendring fra dagens rettstilstand og at forslaget er en mellomløsning mellom forslagene til flertallet og mindretallet i Forenklingsutvalget. Det fremheves videre at ønsket om å sikre effektiv bruk av samfunnets ressurser skal være den bærende begrunnelsen for anskaffelsesregelverket.

Vi støttet i vår høringsuttalelse mindretallets forslag og ser at mindretallet er blitt hørt med at det offentlige skal opptre med stor integritet ved gjennomføringen av offentlige anskaffelser. Det er bra, men vi er likevel ikke tilfreds med «mellomløsningen» da vi mener den har en altfor tydelig dreining mot det offentliges interesser. Fokus flyttes fra leverandørens forventninger til prosessene over til samfunnets interesser. Når man ikke har ønsket å gjøre realitetsendringer, er det heller ingen grunn til å gjøre så store språklige endringer. Ellers må man ha forarbeider og veiledning tilgjengelig for å finne det fulle formålet.

### **Strukturen til forskrift om offentlige anskaffelser (FOA)**

Den nye strukturen til forskrift om offentlige anskaffelser som følger anskaffelsens fremdrift har en bedre pedagogisk oppbygning enn dagens forskrift og er etter vår oppfatning et godt grep.

Vi stiller imidlertid spørsmål til plasseringen av de nye reglene om oppdeling av anskaffelser i § 14-1. Vi mener den hører hjemme lenger frem i forskriften da dette er et spørsmål man må ta stilling til tidlig i anskaffelsesprosessen. Bestemmelsen bør flyttes til før valg av anskaffelsesprosedyre og kanskje plasseres i sammenheng med reglene for beregning av anskaffelsens anslåtte verdi.

Vi mener også at innovasjonspartnerskap er en prosedyre og og kanskje bør stå i sammenheng med de andre tillatte prosedyrer i forskriften.

Regelen om rådgiverhabilitet burde plasseres i FOA del I slik at den gjelder både under og over EU/EØS-terskelverdier.

### **Ikke-anskaffelsesfaglige hensyn**

Vi er lettet over at departementet ikke har fulgt anbefalingen til flertallet i Forenklingsutvalget og tatt ut alle ikke-anskaffelsesfaglige hensyn av regelverket, men heller følger forslagene i EU-direktivene som styrker disse hensynene i regelverket.

Vi vil imidlertid påpeke at fjerning av HMS-erklæring og skatteattest ikke vil innebære noen stor forenkling, men heller vil bidra til å svekke seriøsitetsarbeidet.

Vi finner også grunn til å gjenta vår holdning når det gjelder forslaget fra Forenklingsutvalgets flertall om å fjerne oppfordringen i dagens § 3-11 (1) om å bruke fremforhandlede og balanserte kontraktstandarder der de finnes. Det har en stor verdi i seg selv å fastholde oppfordringen om bruk av balanserte kontrakter.

Bruk av balanserte kontraktsbestemmelser gir en fornuftig, forutsigbar fordeling av risiko og rettigheter og gir bedre konkurranse og større trygghet for at kontrakten senere etterleves etter sin intensjon. Man reduserer også risikoen for feilprising og kostbare konflikter i etterkant. Bruk av kontraktstandarder ER forenkling.

At livssyklus kostnader tas inn som en del av tildelingsvurderingen er etter vår mening et helt nødvendig virkemiddel for å bruke samfunnets ressurser mest effektivt.

### **Forberedende markedsundersøkelse og rådgiverhabilitet**

Vi stiller oss positive til den nye regelen i § 7-1 om forberedende markedsundersøkelser. Godt planlagte og presise konkurranser, uansett konkurranseform, gir det beste utgangspunktet for løsningene som skal utvikles. Samtidig reduseres faren for konflikter både ved evaluering og i løpet av prosessen. God planlegging vil normalt gi uttelling både kvalitetsmessig og økonomisk.

Ved å henvende seg til markedet i forkant av en anskaffelse vil oppdragsgiver kunne få oversikt over hvilke løsninger markedet kan tilby, bidra til at oppgavebeskrivelsen og kravene gjenspeiler de muligheter som rent faktisk er tilstede i markedet og samtidig bli oppmerksomme på hva som vil være vanskelig å få levert og hva som gir unødige ekstrakostnader. Det gir også leverandørene anledning til å gjøre oppdragsgiver oppmerksom på nye muligheter og andre måter å løse oppgaven på. Denne kunnskap kan hjelpe oppdragsgiver til å formulere konkurransegrunnlaget slik at potensialet i markedet utnyttes uten at det stilles unødig fordyrende krav.

Vi er også positive til den nye bestemmelsen om rådgiverhabilitet som regulerer hva oppdragsgiver må foreta seg for å unngå konkurransevridning som følge av tidlig involvering av mulige tilbydere. Vi er av den oppfatning at denne bestemmelsen bør plasseres i del I slik at den blir gjeldende for alle innkjøp.

### **Utvidet adgang til å forhandle**

Departementet foreslår i kapittel 9 å utvide forhandlingsadgangen dersom visse vilkår er oppfylt. Bl.a. vil oppdragsgiver ha anledning til å benytte prosedyren konkurranse med

forhandling dersom anskaffelsen inkluderer design eller innovative løsninger. Dette vil antakelig gjelde for de fleste anskaffelser av arkitekttjenester.

Departementet uttaler på side 11 i høringsforslaget til ny FOA at det antas at vilkårene i den foreslåtte § 9-2 «vil omfatte de aller fleste anskaffelser der oppdragsgiver vil ha et legitimt behov for å gjennomføre forhandlinger, dvs. hvor forhandlinger er nødvendig for å sikre at oppdragsgivers behov blir oppfylt».

Langt på vei innebærer dette i realiteten at konkurranse med forhandlinger her likestilles med anbudskonkurranse.

Forhandlinger kan være fornuftige i det leverandører kan få vist seg frem på en annen måte enn ved skriftlig fremstilling og oppdragsgiver på sin side kan få tilpasset leveransen til sine behov.

Våre medlemmers erfaring med forhandlinger så langt viser imidlertid at særlig mindre innkjøperorganisasjoner mangler nødvendig profesjonalitet til å gjennomføre gode og fornuftige forhandlinger og ofte har begrenset kunnskap om det som skal kjøpes inn. Det ender dermed i realiteten opp med å bli en ren forhandling om pris. Vi etterlyser derfor regler som sier mer om gjennomføringen av forhandlingene.

Vi savner også en vurdering av de markedsmessige konsekvenser av de forslagene som er fremmet. Det er ikke tvil om at en konkurranse med forhandling er mye mer ressurskrevende for både oppdragsgiver og leverandør og dermed øker transaksjonskostnadene. I rapporten NHO i april har fått utarbeidet av PwC om «Konsekvenser ved endring av anskaffelsesprosedyrer» fremgår det at tidsanvendelsen ved forhandlet prosedyre er det mest kostnadsdrivende og at merkostnaden minst ligger på hhv. 17 % og 27 % for oppdragsgiver og leverandør sammenlignet med åpen anbudskonkurranse.

Under EU/EØS-terskelverdi benyttes anbudskonkurranse i svært stor utstrekning, selv om man etter dagens regelverk fritt kan velge forhandlet prosedyre. I mange tilfeller vil nettopp anbudskonkurranse kunne være det mest effektive og minst ressurskrevende konkurranseformen. Vi er av den oppfatning at dagens prosedyrer må opprettholdes for de nasjonale anskaffelsene i stedet for å innføre tilbudskonkurranse med valgfri forhandling. Vi viser her til vår høringsuttalelse ang. NOU 2014:4 der vi fremhever at den nye prosedyren vil innebære total uforutsigbarhet for leverandører til det offentlige markedet og at forskjellige regimer over og under terskelverdi ikke vil bidra til forenkling.

De nye reglene som innføres over terskelverdi om ettersending o.l., oppmykningen av forhandlingsforbudet og regelen om forberedende markedsundersøkelser bør innføres også under EU/EØS-terskelverdi da de antakelig vil bøte på mange problemer vi har møtt i anskaffelser etter gjeldende regelverk.

### **Innovasjonspartnerskap**

Vi er uenig med departementet i at innovasjonspartnerskap er en kontraktsform og ikke en prosedyre. I Storbritannia er det allerede vedtatt som en prosedyre og i Danmark foreligger det forslag hvor innovasjonspartnerskap er beskrevet som ny prosedyre.

### **Oppfyllelse av kvalifikasjonskrav ved egenerklæring**

Forslaget om egenerklæring er i utgangspunktet positivt og representerer en forenkling, men vi er mindre begeistret etter å ha blitt kjent med de første utkastene fra Kommisjonen som har vist seg å være svært omfattende. Vi regner med at departementet har gode kontakter mot Kommisjonen og at de gjør sitt beste for å påvirke i riktig retning.

### **Dokumentasjon for leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner**

Ordlyden i bestemmelsen om dokumentasjon for leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner er endret, men departementet har ikke redegjort for endringen i høringsforslaget. I den foreslåtte § 12-6 kan nå oppdragsgiver «bare kreve følgende dokumenter:», mens det i dagens § 17-9 «kan fremlegges en eller flere av følgende referanser i samsvar med arten, mengden og anvendelsen av de ytelser som skal presteres:». Den nye ordlyden fremstår som mer begrensende enn den gjeldende.

Det oppleves som et stort problem for leverandører av intellektuelle tjenester, som gjerne tar årevis å levere, at deres referanser har så kort levetid. Dette fører til at leverandører må spesialisere seg noe som igjen gir utslag i mindre konkurranse og færre muligheter for små og mellomstore bedrifter (SMB). Dette kan ikke sies å være i tråd med EUs intensjoner.

Selv om det i § 12-6 (1) c) er åpnet for at oppdragsgiver kan angi at «dokumentasjon for relevante leveranser eller tjenester utført for mer enn tre år siden vil bli tatt i betraktning, dersom det er nødvendig for å sikre tilstrekkelig konkurranse» er vi bekymret for at mange oppdragsgivere ikke vil benytte seg av denne muligheten. Vi hadde derfor gjerne sett at perioden for relevante prosjekter ble utvidet til fem år, i alle fall for intellektuelle tjenester. Dette mener vi er helt nødvendig for å sikre livsforutsetninger for SMB og også helt i tråd med anbefalingene til vår europeiske medlemsorganisasjon Architects Council of Europe - ACE - som representerer 550.000 arkitekter i Europa.

### **Utvidelse av adgangen til å ettersende, supplere, klargjøre og utfylle dokumentasjon**

Forslaget i § 17-9 om at oppdragsgiver kan be leverandør om å ettersende, supplere, klargjøre eller utfylle mottatte opplysninger og dokumentasjon vil kunne føre til færre avvisninger, men det vil oppstå en ny grense ift. når tilbudet anses endret.

### **Tildelingskriterier**

I artikkel 67 i direktivet er det overlatt til hvert land å vurdere om de ønsker å forby laveste pris og laveste kostnad for enkelte anskaffelser. I fortalen er det også uttalt at tildelingskriteriet «beste forhold mellom pris og kvalitet» er spesielt aktuelt for anskaffelser av intellektuelle tjenester som konsulent- eller arkitekturtjenester. Ingen av delene er fulgt opp i forslaget til ny FOA.

Intellektuelle tjenester som arkitekttjenester bør anskaffes på bakgrunn av kvalitet. Pris alene gir ingen garanti for kvaliteten i de tjenester som tilbys. Vi er derfor av den oppfatning at § 13-1 det i det minste burde inneholde en anbefaling om å benytte tildelingskriteriet «beste forhold mellom pris og kvalitet» når det gjelder anskaffelse av intellektuelle tjenester. Dette er også overensstemmende med ACEs (se over) anbefalinger på dette punkt.

### **Oppdeling av kontrakter**

Det er positivt for små og mellomstore bedrifter, som i dag har begrensede muligheter til å tilby sine leveranser eller tjenester til det offentlige, at kontrakter som lar seg dele opp nå må vurderes oppdelt. Når det gjelder arkitekttjenester er det nok ikke anskaffelsens størrelse som hindrer SMB-deltakelse i konkurranser, men de overfor omtalte dokumentasjonskravene. Arkitekttjenester er nok heller ikke spesielt egnet til å deles opp, men vi finner likevel grunn til å kommentere forslaget § 14-1.

At vurderingen av om anskaffelsen skal deles opp ligger innenfor det innkjøpsfaglige skjønn er naturlig, men det kan virke som om begrunnelsen for å unnlate oppdeling er underlagt et helt spesielt vern idet den verken kan overprøves av domstoler eller KOFA. Vi er av den oppfatning at beslutningen burde kunne overprøves dersom den fremstår som usaklig eller åpenbart urimelig, altså slik det er med det innkjøpsfaglige skjønn for øvrig.

### **Rammeavtaler**

Når det gjelder rammeavtaler foreslo Forenklingsutvalget å ikke lenger detaljregulere prosedyrer for avrop. Begrunnelsen var at reglene under EU/EØS-terskelverdiene skulle være mer fleksible enn over. Over terskelverdi er det få endringer som gjøres i dagens bestemmelser. Sett i lys av at bruken av rammeavtaler synes å være økende og at det ofte er svært mange tilbydere i konkurranser om denne typen avtaler ser vi det som svært viktig at det er tydelige regler for hvordan konkurransen inkludert avrop under rammeavtalen skal foregå. Vi etterlyser derfor mer detaljerte regler enn de foreslåtte.

Med vennlig hilsen



Egil Skavang  
adm.dir



Anette Sjøby Bakker  
jur.rådg